Das Erfordernis der Einigung für das Entstehen einer Eigentümerhypothek.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der Juristischen Fakultät der Universität Breslau

vorgelegt von

Walther Bohlmann

Referendar.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1912.

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Schott.
Korreferent: Professor Dr. Herbert Meyer.

Meinen Eltern

in Verehrung und Dankbarkeit.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

Erster Teil.

Die Grundlagen.

§ 1. Einleitung 1
§ 2. Die geschichtliche Entwicklung der Eigentümerhypothek 1
§ 3. Stellung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zu der vorliegenden Streitfrage.
A. Die Beratungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch 4
B. Die Grundsätze des Bürgerlichen Gesetzbuchs bei Belastungen 5
C. Der Wortlaut des § 1163 BGB. 5

Zweiter Teil.

Die Lehre von der Entstehung trotz Fehlens der Einigung.

§ 4. Die Ansicht Schildes 6
§ 5. Die Ansicht von Fuchs 8
§ 6. Die Ansicht Obernecks 12
§ 7. Überblick über die Beweisführung vorgenannter Autoren. Weitere Vertreter dieser Ansicht 16

Dritter Teil.

Die Ablehnung der Entstehung.

§ 8. Gegensatz in der Auffassung der Eigentümerhypothek seitens beider Parteien 18
§ 9. Die Stellung der herrschenden Meinung zu § 1177 BGB. 19
§ 10. Heranziehung des § 1196 BGB. als Beweismittel 20
§ 11. Unmöglichkeit der Aufrechterhaltung der nichtigen Hypothek als Eigentümergrundschuld auf dem Wege der Konversion 21
§ 12. Die Unteilbarkeit des Pfandes, ein Beweis für die herrschende Meinung.
A. Gründe, die gegen die Wertteilstheorie sprechen 23
B. Gründe, die für das Prinzip der Unteilbarkeit des Pfandes sprechen 25
§ 13. Unmöglichkeit der Heranziehung der §§ 1168 und 1169 BGB. für die Entscheidung der vorliegenden Streitfrage 26
§ 14. Billigkeitsrücksichten und Verkehrssicherheit 28

Literaturverzeichnis.

Biermann, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Das Sachenrecht. 2. neubearbeitete Aufl. 1903.

Bruck, Die Eigentümerhypothek. 1903.

Dernburg, Das Sachenrecht des Deutschen Reichs. 3. Aufl. Bd. 3 von: Das bürgerliche Recht.

Eck, Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 2. Herausgegeben von R. Leonhard.

Entscheidungen in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchrechts. Bd. 4.

Entscheidungen des Obertribunals. Bd. 77.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen. Bd. 3, 68 u. 70.

Fischer-Henle, Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuchs. 8. Aufl.

Fuchs, Grundbuchrecht. Bd. 1. 1902.

Gierke, Deutsches Privatrecht. Bd. 2. 1905.

Goldschmidt, Noch einmal die Eigentümerhypothek. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 20 S. 22 ff.

Hirsch, Die vorläufige Eigentümerhypothek. Im Archiv für bürgerliches Recht Bd. 25 S. 22 ff.

Horn, Die Eigentümerhypothek. In Leonhard, Studien zur Erläuterung des Bürgerlichen Gesetzbuchs Nr. 19.

Jacoby, Die Eigentümerhypothek des Bürgerlichen Gesetzbuchs und ihre Einwirkung auf den bestehenden Rechtszustand in Bayern. In den Blättern für Rechtsanwendung Bd. 71.

Jahrbuch der Entscheidungen des Kammergerichts. Bd. 11 u. 27.

Juristische Wochenschrift. 1909.

Kindel, Betrachtungen über die Eigentümerhypothek. In der Festgabe der Juristischen Gesellschaft zu Berlin 1909 S. 75 ff.

Mencke, Entsteht eine Eigentümergrundschuld, wenn eine Hypothek mangels dinglicher Einigung nicht entstanden ist? Diss. Erlangen 1905.

Motive zum Bürgerlichen Gesetzbuch.

Oberneck, Das Reichsgrundbuchrecht. Bd. 2. 4. neu bearbeitete Aufl. 1909.

Planck, Das Bürgerliche Gesetzbuch. Bd. 1 u. 3. 1. u. 2. Aufl. 1902.

Predari, Grundbuchordnung. 1900.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

Rechtsprechung der Oberlandesgerichte. Bd. 11.

Risch, Entsteht eine Eigentümerhypothek, wenn eine Hypothek mangels dinglicher Einigung nicht entstanden ist? Diss. Freiburg 1905.

Schilde, Unrichtigkeit des Grundbuchs nach neuem deutschen Reichsrecht. 1899.

Semmelmann, Beiträge zum praktischen Rechte der Eigentümerhypothek. Diss. Erlangen 1905.

Turnau-Förster, Liegenschaftsrecht. Bd. 1.

Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. 1900. (Kipp.)

Erster Teil.

Die Grundlagen.

§ 1.

Einleitung.

Im folgenden soll die praktisch wichtige Frage erneut untersucht werden, ob für die Entstehung einer Eigentümerhypothek das Vorhandensein der Einigung erforderlich ist. Denn obwohl das Bürgerliche Gesetzbuch in mehrfachen Bestimmungen die Eigentümerhypothek behandelt, so hat es doch die Beantwortung der Frage: Entsteht auch bei Nichtigkeit oder Anfechtbarkeit der Einigung eine Eigentümerhypothek? offen gelassen. In der Literatur sind die Ansichten geteilt.

§ 2.

Die geschichtliche Entwicklung der Eigentümerhypothek.

Im römischen Recht endete das pignus, da es ein ius in re aliena war, grundsätzlich, wenn sich Eigentum und Pfandrecht in einer Person vereinigten. Ausnahmsweise nur, und zwar aus Gründen der Billigkeit, blieb das Pfandrecht bestehen. Dies geschah, wenn Eigentum und Pfandrecht in der Person eines voranstehenden Pfandgläubigers zusammentrafen, ohne daß er sein Pfandrecht kannte (vgl. D. 44, 2 30, 1).

Eine ganz entgegengesetzte Auffassung tritt uns im deutschen Recht entgegen. Nach der uns aus dem Lübischen, Hamburger und Bremer Stadtrecht überlieferten Wertteilstheorie (s. unten § 12 am Anfang) nahm jede Hypothek einen unveränderlichen Rang ein, so daß die Nachhypothekare bei Wegfall einer ihnen vorgehenden Hypothek an die freigewordene Stelle nicht vor-

rücken konnten. Die gelöschte Hypothek stand vielmehr nunmehr dem Eigentümer zu.

Das allgem. Landrecht kannte die Eigentümerhypothek nicht. Es hielt fest an dem Grundsatz, daß der Eigentümer kein Pfandrecht an der eigenen Sache haben könne, und daß die Hypothek akzessorisch sei, mithin mit dem Untergang der Forderung die Hypothek erlösche. Die Entwicklung des Hypothekenwesens drängte jedoch dazu, ein Pfandrecht zu besitzen von nicht streng akzessorischem Charakter. Der Grund hierfür war die Billigkeit. Nach dem allgem. Landrecht erlosch die Hypothek, sobald sie auf den Eigentümer überging, und die Folge davon war, daß die Nachhypothekare vorrückten, denn es war ja keine Hypothek mehr vorhanden. Das führte zu einer ganz unverdienten und mit der Gerechtigkeit unvereinbaren Schädigung des Eigentümers. Um diese Unbilligkeit zu vermeiden, wurde die Eigentümerhypothek durch die an das allgem. Landrecht sich anschließenden gesetzgeberischen Akte: den Anhangsparagraph 52 zu § 484 I, 16 ALR. und die Deklaration v. 3. 4. 1824 neu geschaffen. So entstand die Eigentümerhypothek in zwei Fällen:

1. Wenn das dingliche Recht sich mit dem Eigentum in einer Hand vereinigte (Anhangsparagraph 52 zu § 484 I, 16 ALR.).

2. Wenn die Forderung infolge Befriedigung durch den Eigentümer erlosch (Deklaration v. 3. 4. 1824).

Das Eigentumserwerbsgesetz v. 5. 5. 1872 bestimmte ferner im § 63: Wenn eine Hypothek oder Grundschuld von dem Eigentümer bezahlt oder auf andere Weise getilgt worden ist, so ist der bisherige Gläubiger nach der Wahl des Eigentümers verpflichtet, entweder Quittung oder Löschungsbewilligung zu erteilen oder die Post ohne Gewährleistung abzutreten, und in § 64: Der eingetragene Eigentümer ist berechtigt, auf Grund der Quittung oder Löschungsbewilligung die Post auf seinen Namen umschreiben zu lassen. Diese Bestimmungen galten für das preußische Recht.

Nehmen wir an, es sollte nach diesen die vorliegende Frage entschieden werden. Nach § 18 des Eigentumserwerbsgesetzes v. 5. 5. 1872 entstand das Recht der Hypothek durch Eintragung im Grundbuch. Die Eintragung erfolgte nach § 19 desselben

Gesetzes, wenn der eingetragene und seine Eintragung gleichzeitig erlangende Eigentümer sie bewilligt.

Auf den ersten Blick könnte es so aussehen, als ob der Eigentümer die Hypothek für sich erwerbe, auch wenn der Gläubiger die Hypothek nicht annimmt, da ja nach diesem Gesetz nur Bewilligung des Eigentümers zur Bestellung der Hypothek erforderlich war. Allein das Eigentumserwerbsgesetz steht noch zu sehr unter den Anschauungen des allgem. Landrechts. Eine gültige Forderung mußte jedenfalls einmal bestanden haben. Daher muß nach preußischem Recht das Entstehen einer Eigentümerhypothek in diesem Falle abgelehnt werden.[1][2][3]

Erst das Bürgerliche Gesetzbuch läßt durch den § 1163 auch die Eigentümerhypothek zu, wenn die Forderung nicht entstanden ist. Hiermit entfernt sich das Bürgerliche Gesetzbuch noch einen Schritt weiter von der Auffassung, daß die Hypothek akzessorisch sei. Jedenfalls hat für diesen Fall das preußische Recht keine Eigentümerhypothek vorgesehen. „Grade der Fall,[4]) der im preußischen Recht das Entstehen der Eigentümerhypothek ausschloß, ist im § 1163 BGB. ausdrücklich als Ausschließungsgrund abgelehnt. Es ist dies der Tatbestand einer nach früherem preußischen Rechte mangels entstandener Forderung ungültigen Hypothek."

Der 1. Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch lehnte sich in den §§ 1092 ff. BGB. in der Gestaltung der Eigentümerhypothek eng an das preußische Recht an. Jedoch wich die 2. Kommission, „auf deren Beschlüssen[5]) die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs im wesentlichen beruhen, von dem 1. Entwurf insofern ab, als auch die für eine nicht zur Entstehung gelangte Forderung bestellte Hypothek Gegenstand einer Eigentümerhypothek sollte sein können". Jedenfalls aber wollte man nicht das Erfordernis der Einigung fallen lassen, wie es sich aus den Be-

---

[1]) vgl. EntschFGG. Bd. 4 S. 119.
[2]) OTr. Bd. 77 S. 164.
[3]) RG. Bd. 3 S. 269.
[4]) vgl. Oberneck, Reichsgrundbuchrecht S. 48 Z. 2.
[5]) vgl. EntschFGG. Bd. 4 S. 119.

ratungen der Kommission ergibt. Hierauf soll im folgenden eingegangen werden.

§ 3.

Stellung des Bürgerlichen Gesetzbuches zu der vorliegenden Streitfrage.

A. Die Beratungen zum Bürgerlichen Gesetzbuche.

Bei Prüfung jeder Frage, über die das Gesetz selbst schweigt, wird man auf seine Entstehungsgeschichte zurückgreifen und zu ergründen suchen, ob nicht vielleicht hier sich Anhaltspunkte finden, die uns nötigen, der einen oder anderen Ansicht beizutreten. Hierbei finden wir nun, daß sich die Kommission bei Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches mit der Frage befaßt hat. Es war nämlich der Antrag gestellt worden, auch bei mangelnder dinglicher Einigung eine Eigentümerhypothek gelten zu lassen. Die Mehrheit war jedoch der Ansicht, daß „die vorgeschlagene Bestimmung [1]) auf einer Überspannung des Prinzips der Eigentümerhypothek beruhe, und daß kein praktisches Bedürfnis vorliege, die Rechte des Eigentümers in dem dort vorgeschlagenen Maße zu erweitern". Wir sehen also, daß man damals nicht die Einigung bei der Entstehung des dinglichen Vertrages missen wollte und eine bloße Eintragung für unzureichend hielt. Wenn nun auch für die Auslegung eines Gesetzes seine Entstehungsgeschichte nicht von der ausschlaggebenden Bedeutung ist, daß alles, was während der Beratung beantragt und verworfen ist, als durchaus gesetzeswidrig anzusehen ist, ein gewisses Gewicht ist dem Schweigen des Bürgerlichen Gesetzbuches doch beizulegen, zumal wenn die Kommission vorher den Antrag abgelehnt hatte. Hätte es gewollt, daß auch bloße Eintragung genügte, so hätte es diese Bestimmung ausdrücklich aufnehmen müssen. Da dies nicht geschehen ist, wollen wir sehen, ob sich nicht vielleicht aus dem Wesen und den Grundsätzen desselben ein Schluß für die Beantwortung der Frage ziehen läßt.

---

[1]) Prot. Bd. 3 S. 604.

B. Die Grundsätze des Bürgerlichen Gesetzbuches bei Belastungen.

Die sedes materiae für die Belastung eines Grundstückes mit einem Recht ist der § 873 BGB. Hier ist bestimmt, daß für diese die Einigung des Berechtigten und des anderen Teiles über den Eintritt der Rechtsänderung und die Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch erforderlich ist, soweit nicht das Gesetz ein anderes vorschreibt. Hiermit ist also gesagt, Ausnahmen sind zwar zugelassen, aber diese müssen ausdrücklich vom Gesetze angeführt werden. Ausdrücklich ist daher in § 1188 BGB. die Ausnahme angeführt, wo es heißt, daß zur Bestellung einer Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber die Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte, daß er die Hypothek bestelle, und die Eintragung in das Grundbuch genügt. Diese Bestimmung mußte des § 873 Abs. 1 BGB. wegen aufgenommen werden, obgleich es ja auch ohne diese Bestimmung erklärlich ist, denn derjenige, der eine Hypothek für die Forderung aus einer Schuldverschreibung auf den Inhaber bestellt, hat ja noch gar keinen Vertragsgegner, es kann mithin mit ihm auch keine Einigung stattfinden. Ebenso war es für die Bestellung einer Eigentümergrundschuld selbstverständlich, daß die Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamt, daß die Grundschuld für ihn in das Grundbuch eingetragen werden soll, und die Eintragung genüge, allein das Bürgerliche Gesetzbuch mußte dies in § 1196 anführen, da § 873 BGB. Ausnahmen von dem Prinzip nur zuläßt, „soweit das Gesetz ein anderes vorschreibt".

C. Der Wortlaut des § 1163 BGB.

§ 1163 BGB sagt: Ist die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, so steht die Hypothek dem Eigentümer zu. Es soll mithin eine Eigentümerhypothek entstehen, wenn den Erfordernissen einer Hypothek genügt ist mit Ausnahme davon, daß die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, nicht entstanden ist. Voraussetzung bleibt mithin für die Entstehung einer Eigentümerhypothek, daß

abgesehen von der Forderung[1]) den Erfordernissen[2]) einer Hypothek genügt ist: nämlich der Einigung und der Eintragung. Fehlt es an den Voraussetzungen für die Entstehung dieser, so kann auch jene nicht zur Entstehung gelangen.

Zweiter Teil.

Die Lehre von der Entstehung trotz Fehlens der Einigung.

§ 4.

Die Ansicht Schildes.

Trotzdem die Behandlung vorliegenden Themas bei Beratung des Bürgerlichen Gesetzbuches, das Prinzip des Bürgerlichen Gesetzbuches bei Belastungen und der Wortlaut des § 1163 BGB. gegen die Möglichkeit der Entstehung einer Eigentümerhypothek ohne Einigung sprechen, wird in der Literatur gleichwohl die Ansicht vertreten, daß trotz fehlender Einigung eine Eigentümergrundbelastung entstehen könne. Hauptsächlich wird diese Ansicht von Schilde, Fuchs und Oberneck ausgesprochen, und zwar suchen diese die nichtige Hypothek als Eigentümergrundschuld aufrechtzuerhalten.

Schilde geht bei Begründung seiner Auffassung von dem Satze aus: In jeder Hypothekenbestellung[1]) ist zugleich die Bestellung einer event. zur Geltung kommenden Eigentümerhypothek enthalten. Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld seien nur durch den Namen, nicht jedoch begrifflich verschieden. Daher entstände eine Eigentümerhypothek, wenn nur die Voraussetzung einer Eigentümergrundschuld vorhanden sei. Den Erfordernissen des § 1196 BGB. sei insofern genügt, als

---

[1]) And. A. Goldschmidt a. a. O. S. 30 Z. 21. Die Eigentümerhypothek ist nicht eine Hypothek minus Forderung. Für ihn ist die Eigentümerhypothek nur ein dem Eigentümer zur Verfügung gestellter verwaltungstechnischer Apparat.

[2]) vgl. Fischer-Henle Anm. 1 zu § 1163 BGB.

[1]) Schilde, Die Unrichtigkeit des Grundbuchs S. 31 letzter Abschnitt.

1. die zum Erwerb erforderliche Eintragung durch den Eintrag der (allerdings auf den Namen des Gläubigers lautenden für diesen nicht zur Entstehung gekommenen) Hypothek gegeben sei;

2. die nach § 1196 BGB. erforderliche Willenserklärung in Gestalt der dem Grundbuchamt eingereichten gültigen Eintragungsbewilligung schon vorläge oder gemäß § 879 Abs. 2 BGB.[1a]) nachgeholt werden könne.

Um deutlich den Punkt hervorheben zu können, auf den sich die Frage zugespitzt hat, seien mathematische Bezeichnungen zu Hilfe genommen.

Gläubigerhypothek erfordert: a Erklärung, b Annahme, c Eintragung, d Forderung;

Eigentümerhypothek erfordert: a Erklärung, b Annahme, c Eintragung;

Eigentümergrundschuld erfordert: a Erklärung, c Eintragung.

In dem angeführten Schema sind die Erfordernisse einer Gläubigerhypothek einer Eigentümerhypothek und einer Eigentümergrundschuld bildlich[2]) dargestellt. Die Einigung (a + b) ist in Erklärung a und Annahme b zerlegt worden, da bei der Eigentümergrundschuld nur die Erklärung a erforderlich ist. Mit c ist durchweg die Eintragung, mit d die Forderung bei der Gläubigerhypothek bezeichnet. Schilde geht nun folgenden Gedankengang: Fällt d (Forderung) weg, d. h. ist eine Forderung nicht zur Entstehung gelangt, so entsteht eine Eigentümerhypothek. Fällt von dieser Eigentümerhypothek die Annahme b weg, so bleibt trotzdem eine Eigentümergrundschuld übrig, da deren Erfordernissen a Erklärung und c Eintragung genügt ist.

Es ist also trotz des Fehlens der dinglichen Einigung eine Eigentümergrundschuld entstanden.

Dieser Beweisführung läßt sich entgegenhalten, die Erklärung, die zur Entstehung einer Eigentümergrundschuld erforderlich

---

[1a]) Auf § 879 Abs. 2 BGB. gehe ich der Übersicht wegen unten bei der Behandlung der Ansicht von Fuchs und Oberneck ein.

[2]) Ebenso Risch a. a. O. S. 57.

ist, ist darauf gerichtet, daß die Grundschuld für den Eigentümer eingetragen werden soll, während die Erklärung bei Bestellung einer Hypothek für einen anderen erfolgt. Es ist also lediglich dies formale Hindernis, welches davon abhält, die Entstehung einer Eigentümergrundschuld anzunehmen. Das verkennt Schilde auch nicht und sagt weiterhin: „Das einzige Bedenken,[3]) welches gegen die soeben dargelegte Auffassung vorgebracht werden könnte, kann darin gründen, daß der Eintrag für den Erwerb des Rechts durch den Eigentümer benutzt wird, obwohl er nicht für ihn, sondern für einen anderen lautet. Trifft aber nicht dasselbe in dem Falle zu, wenn der Eigentümer das als Hypothek für einen anderen eingetragene Recht von vornherein als Eigentümerhypothek erwirbt, weil die Forderung nicht entstanden ist?“

Hiergegen ist einzuwenden, zwar wird auch beim Entstehen der Eigentümerhypothek die auf den Namen eines anderen bewirkte Eintragung zugunsten des Eigentümers verwertet, allein dies ist doch aus dem Entstehungsgrund der Eigentümerhypothek zu rechtfertigen. Eine Eigentümerhypothek (§ 1163 BGB.) entsteht auf dem Wege über die Gläubigerhypothek und setzt daher deren Erfordernisse bis auf die Forderung voraus. Für die Entstehung einer Eigentümergrundschuld (§ 1196 BGB.) bedarf es eines solchen Umweges nicht. Sie wird von vornherein als solche ins Grundbuch eingetragen.

§ 5.

Die Ansicht von Fuchs.

Fuchs teilt zur Bekämpfung der herrschenden Meinung seine Gründe in folgende drei Punkte ein: Es widerspräche

1. dem Wortlaut des Gesetzes,
2. dem Wesen der Eigentümerhypothek,
3. der Billigkeit und dem Verkehrsbedürfnisse,

wollte man bei mangelnder Einigung eine Eigentümerhypothek nicht entstehen lassen. Es wird der Reihe nach auf diese drei Punkte einzugehen sein.

---

[3]) Schilde a. a. O. S. 33 Abschn. 2.

Er führt aus:

„Der Wortlaut[1]) des Gesetzes verlangt nur, daß die Forderung nicht entstanden, der Brief nicht übergeben, die Hypothek aufgegeben, das Gläubigerrecht ausgeschlossen ist. Daß daneben die Hypothek als solche gültig bestellt sei, sagt das Gesetz nicht. Man wende nicht ein, daß wenn es in den §§ 1163, 1168, 1169, 1170, 1171 BGB. die Hypothek heißt, darunter nur eine gültige verstanden werden kann. Das paßt schon zu dem § 1163 Abs. 1 nicht, denn es gibt keine gültige Hypothek ohne gültige oder doch wenigstens als bestehend fingierte (§ 1138) Forderung".

Der Gedankengang von Fuchs ist mithin folgender: Es sei mit dem Wortlaut des Gesetzes vereinbar, da der § 1163 BGB. den Ausdruck „Hypothek" gebrauche, obwohl in Wirklichkeit eine Hypothek schon deshalb nicht entstanden sein könne, weil nach § 1163 Abs. 1 die erforderliche Forderung fehle. Da sich das Gesetz hier nicht scheue, von Hypothek zu sprechen, so stehe nichts im Wege, dasselbe zu tun, wenn eine Einigung nicht stattgefunden habe.

Fuchs hat sich bei seiner Behauptung von der irreführenden Terminologie[2]) des § 1163 BGB. beeinflussen lassen: Ist die Forderung, für welche die Hypothek (im Sinne von § 1113 BGB.) bestellt ist, nicht zur Entstehung gelangt, so steht die Hypothek (?) dem Eigentümer zu. Von einer Hypothek kann ja aber gar nicht mehr die Rede sein, denn für den Begriff der Hypothek wird ja eine Forderung verlangt. Die fehlt aber gerade der Eigentümerhypothek. Das Gesetz will auch gar nicht sagen, daß eine Hypothek, sondern vielmehr eine Eigentümerhypothek entstanden ist. Der Ausdruck „die Hypothek (?) steht dem Eigentümer zu" ist nur unglücklich gewählt.[2a])

---

[1]) Fuchs, Grundbuchrecht Bd. 1 Anm. 5a zu Vorbem. zu §§ 1163 bis 1179 BGB.

[2]) vgl. Bruck a. a. O. S. 153 Anm. 34.

[2a]) vgl. Goldschmidt a. a. O. S. 29. Wenn gleichwohl das Gesetz in seinem Streben nach Kürze die Eigentümerhypothek in § 1163 als Hypothek bezeichnet, so kann darunter doch nur der äußere Rahmen verstanden werden, in welchen die dingliche Belastung eingefügt worden wäre, falls die Forderung, für welche die Hypothek bestellt ist, zur Entstehung gelangt sein würde.

Das Bürgerliche Gesetzbuch kann daher nicht verlangen, daß eine Hypothek gültig bestellt sei; denn es ist ja gerade Voraussetzung für die Entstehung einer Eigentümerhypothek, daß eine gültige Hypothek nicht entstanden sei. Das Gesetz führt, wie Planck sagt, diejenigen Umstände an, „welche die Entstehung der Gläubigerhypothek hindern[3]) und trotzdem die Hypothek als Eigentümerhypothek bestehen lassen, und gibt dadurch zu erkennen, daß das Fehlen dieser zur Begründung des dinglichen Rechts erforderlichen Momente nur den Erwerb der Hypothek durch den Gläubiger, nicht ihren Übergang auf den Eigentümer hindern, daß aber alle übrigen Voraussetzungen der Entstehung des dinglichen Rechts auch für die Entstehung der Eigentümerhypothek erforderlich sind. Bei einer andern Auslegung würde es an jeder Vorschrift über die positiven Voraussetzungen der Eigentümerhypothek fehlen".

Wir sehen also, daß die Behauptung von Fuchs, „es widerspräche nicht dem Wortlaut des Gesetzes", im vorliegenden Fall eine Eigentümerhypothek entstehen zu lassen, unhaltbar ist.

Fuchs meint ferner, das Wesen der Eigentümerhypothek spreche für seine Ansicht.

Er meint: „Die Eigentümerhypothek ist Sukzession in eine Belastung, aber nicht in die Hypothek". In dem Augenblick, wo der Eigentümer in sie einrückt, verwandelt sie das Gesetz in eine Grundschuld (§ 1177 BGB.); sie braucht daher nur den Kern der rechtsbeständigen Grundschuld und nichts mehr als diesen zu enthalten.

Der Gedankengang ist mithin ähnlich wie bei Schilde (oben S. 7). Im Augenblick der Vereinigung von Hypothek und Eigentum kann eine Hypothek nicht mehr fortbestehen, da eine Forderung nicht mehr vorhanden ist. Die Hypothek verwandelt sich vielmehr in eine Grundschuld. Daher brauchen nur die für diese aufgestellten Erfordernisse gewahrt zu sein, um die Belastung als Grundschuld aufrechterhalten zu können.

Über den formalen Unterschied bei der Erklärung hilft er sich auf dem Wege der Konversion mit den Worten: „Diese

---

[3]) Planck Anm. zu § 1163 Nr. 2 Abs. 2 BGB.

Mängel (Fehlen des dinglichen Vertrages) beeinträchtigen die Rechtsbeständigkeit einer Grundschuld des Eigentümers nicht,[4]) wenn nur das Gesetz die so eingetragene Hypothek oder Grundschuld in eine Grundschuld des Eigentümers (§ 1196 BGB.) konvertieren kann, also eine an sich gültige Verfügung des Eigentümers vorliegt". Daß es dem Prinzip der Konversion widerspricht, die nichtige Hypothek als Eigentümergrundschuld aufrechtzuerhalten, soll unten gezeigt werden (§ 11).

Ferner führt Fuchs zur Bestärkung seiner Ansicht Gründe der Billigkeit und des Verkehrsbedürfnisses[5]) an. Sei keine Eigentümergrundbelastung entstanden, so müssen die Nachhypothekare vorrücken, deshalb führe die herrschende Auffassung zu unleidlichen Ergebnissen. Hiergegen ist einzuwenden: Ist der Eigentümer sich nicht sicher, daß er sich mit dem Hypothekengläubiger einigen werde, so mag er sich doch einen Rangvorbehalt machen. Dadurch ist den Nachhypothekaren das Recht genommen vorzurücken „und dem Verkehrsbedürfnisse[6]) genügt".

Wenn dann Fuchs weiter erklärt, „es wird kaum zu begründen sein, weshalb der Eigentümer bei nicht empfangener Darlehnsvaluta in die Darlehnshypothek nur einrücken soll, wenn der Gläubiger die Hypothek angenommen, und nicht, wenn er sie nicht angenommen hat, so ist darauf hinzuweisen, daß im ersten Falle den Erfordernissen der Bestellung eines dinglichen Rechts Genüge geleistet ist, während im zweiten Falle erst ein Ansatz zur Begründung eines solchen gemacht ist, der allein keine rechtserzeugende Kraft[7]) [8]) hat.

Zuletzt wird noch von Fuchs vorgebracht: „Da das Gesetz weder bestimmt, daß die Einigung der Eintragung vorgehen, noch daß sie ihr in bestimmter Zeit folgen muß, so wird es schwierig sein, den Zeitpunkt zu fixieren, der den Nachhypotheken das Aufrücken eröffnet". M. E. liegt durchaus keine Schwierigkeit

[4]) Fuchs a. a. O. Vorbem. zu den §§ 1163—1179 BGB. S. 521 Anm. b a. E.

[5]) Fuchs a. a. O. S. 521 Anm. 5 c.

[6]) Prot. Bd. 3 S. 604.

[7]) vgl. Hirsch, Die vorläufige Eigentümerhypothek, im Arch. f. bürgerl. R. Bd. 25 S. 239.

[8]) RG. Bd. 70 S. 359.

darin, den Zeitpunkt zu fixieren, wo der Nachhypothekar vorrückt. Zwar ist es nach § 873 BGB. gleichgültig, ob die Einigung der Eintragung vorangeht oder nachfolgt, und selbst die bloße Eintragung sichert der Hypothek nach § 879 Abs. 2 BGB. den Rang, aber immer bleibt Voraussetzung, daß die Einigung demnächst folgt. Kommt eine Einigung überhaupt nicht zustande, so rücken sämtliche Nachhypothekare vor, denn der bloße Eintrag für sich ist ein nullum. Es läßt sich mithin der Zeitpunkt des Vorrückens der Nachhypothekare bestimmen, es ist der Zeitpunkt der nichtigen Einigung.

§ 6.
Die Ansicht Obernecks.

Oberneck betritt bei der Bekräftigung seiner Ansicht den schon von Schilde und Fuchs eingeschlagenen Weg. Er sagt: „Wenn[1]) in der Eigentümerhypothek nichts anderes zu sehen ist, als ein verselbständigter Bestandteil des Eigentums in Ansehung des Verwertungsrechts, wie es in schärfster Form bei der Eigentümergrundschuld des § 1196 BGB. sich darstellt, so wird man nur zu prüfen haben, ob bei dem zugunsten eines Dritten in Form einer Hypothek ausgeschiedenen Grundstückswerte[1a]) diejenigen Bedingungen vorlagen, welche für die Bestellung einer Eigentümergrundschuld nach § 1196 BGB. genügen. Denn für den Fall, daß die Hypothek in der Person des Drittberechtigten nicht entstanden sei, ist doch der Wille des Eigentümers als auf Begründung einer Eigentümergrundschuld gerichtet anzusehen".

Noch einmal diesen Gedankengang zu analysieren ist unnötig, da dies schon zweimal gelegentlich der Darstellung der Ansicht von Schilde und Fuchs geschehen ist (S. 7 u. 10).

Wie hilft sich nun Oberneck über die formalen Bedenken, die sich aus der Verschiedenheit der Erklärungen betreffs der

---

[1]) Oberneck, Reichsgrundbuchrecht Bd. 2 S. 45 § 116.

[1a]) Ich komme unten des genaueren auf die von ihm vertretene Werteilstheorie.

Eintragung ergeben? Er meint: „Die Erklärungen[2]) des Eigentümers, daß er die in Form der Hypothek für einen Dritten vorhandene Eintragung als eine für ihn selbst in das Grundbuch eingetragene Grundschuld angesehen wissen wolle, kann ausdrücklich oder auch stillschweigend jederzeit dem Grundbuchamte gegenüber erfolgen".

Hiergegen ist einzuwenden: Welcher Grund liegt vor, den Eigentümer den ungültigen Hypothekeneintrag für sich in Anspruch nehmen zu lassen? Ist es denn zulässig, daß der Eigentümer den Rang einer Hypothek erhält, die in Wirklichkeit nie bestanden hat? Nein! Denn die Sukzession[3]) in ein nie bestehendes Recht ist ausgeschlossen. Es werden vielmehr die Nachhypothekare vorrücken, da ja eine Belastung des Grundstücks gar nicht erfolgt ist. In der Praxis wird sich der Rechtsfall folgendermaßen gestalten: Sobald ein Nachhypothekar erfährt, daß die Hypothek ungültig sei, wird er Klage auf Berichtigung des Grundbuchs nach § 894 BGB. gegen den Eigentümer erheben und zugleich einen Widerspruch nach § 899 BGB. eintragen lassen. Wollte jetzt der Eigentümer gegenüber dem Grundbuchamt erklären, den Eintrag für sich in Anspruch nehmen zu wollen, so würde eine solche Erklärung jeglicher Wirkung entbehren. M. E. hat sich Oberneck wie Schilde (vgl. oben S. 7 Abs. 2) zu dieser Behauptung durch den § 879 Abs. 2 BGB. verleiten lassen, denn hier ist gesagt: Die Eintragung ist für das Rangverhältnis auch dann maßgebend, wenn die nach § 873 BGB. zum Erwerbe des Rechts erforderliche Einigung erst nach der Eintragung zustande gekommen ist. Jedenfalls setzt aber der § 879 BGB. eine wirklich zustande gekommene „nachträgliche" Einigung voraus,[4]) denn bei „nichtiger" Einigung rücken die späteren Posten ipso iure vor. Es ist daher nachträgliche und nichtige Einigung streng auseinanderzuhalten. Auch halte ich es für unzulässig, die für die Einigung gegebenen Bestimmungen auf einseitige Erklärungen anzuwenden.

---

[2]) Oberneck a. a. O. S. 45.
[3]) vgl. Predari, GBO. S. 225.
[4]) vgl. Fuchs Anm. 3d zu § 879 BGB.

Oberneck behauptet ferner, die Erklärung könne auch stillschweigend gegenüber dem Grundbuchamte erfolgen. Im Hinblick auf den Formalismus des Grundbuchrechts und den § 29 GBO. ist diese Behauptung sehr gewagt.

Oberneck[5]) sagt weiter, die Kommission, die das Einrücken des Eigentümers in die unwirksame Hypothek als Überspannung des Prinzips betrachtet habe, habe übersehen, daß der Eigentümer bei der Bestellung einer weiteren Hypothek häufig gar nicht wissen kann, ob die vorhergehende Eintragung z. B. wegen Irrtums, Betrugs usw. Anlaß zur Anfechtung geben wird. Der Eigentümer hat daher keinen Grund, einen Vorbehalt[6]) zu machen, und wenn der Eigentümer selbst eine Hypothek wegen Irrtums, Zwanges oder Betrugs anficht, so ist doch nicht anzunehmen, daß er es tun wird, um den nachstehenden Hypothekaren einen Vorteil zu verschaffen zu seinem eigenen Nachteil, auf den jene nach dem Inhalt des Hypothekenbestellungsvertrages nicht den geringsten Anspruch haben. Der anfechtende Eigentümer wird daher in einem solchen Falle dem Grundbuchamt eine Erklärung im Sinne des § 1196 BGB. abgeben, um die bewirkte Eintragung für sich als Eigentümergrundschuld in Anspruch zu nehmen.

Das ist der zweite Grund, aus dem Oberneck die ungültige Hypothek als Eigentümergrundschuld nach § 1196 BGB. aufrechterhalten will. Die Billigkeit spricht allerdings in diesen Fällen für Obernecks Meinung. Der Eigentümer hat die Hypothek aus seinem Vermögen begründet; „er hat mithin das beste Anrecht[7]) auf den dieser Rangstelle anhaftenden Wert bei Freiwerden derselben". Rücken die Nachhypothekare vor, so erlangen sie zwei Vorteile, einmal den Vorteil des besseren Ranges, und ferner genießen sie Zinsen, die ihnen im Hinblick auf ihren späteren Rang bewilligt worden sind, auf die jedoch in der Regel der Eigentümer nicht eingegangen wäre, wenn er gewußt hätte, daß z. B. die vermeintliche zweite Hypothek eine erststellige ist. Wenn auch der vorrückende Hypothekar hinsichtlich der

---

[5]) Oberneck a. a. O. § 116 S. 46 unten.
[6]) Oberneck S. 48 oben.
[7]) vgl. Jacoby a. a. O. S. 253.

Zinsen nicht bereichert ist, denn der Zinsfuß an sich hat sich nicht erhöht, und der Hypothekar hat sein Geld nur ausgeliehen, weil er auf einen Zinsfuß mit bestimmter Höhe rechnete, der Eigentümer aber ist geschädigt, denn sehr oft wird anzunehmen sein, daß er für eine scheinbar zweistellige, in Wirklichkeit erststellige Hypothek nicht so hohe Zinsen vereinbart hätte.

Die dritte Stütze, auf die Oberneck seine Ansicht baut, ist der § 1177 BGB.; hier sei die Eigentümerhypothek als Grundschuld bezeichnet. Wenn nun auch § 1177 Abs. 2 Satz 2 BGB. vorschriebe: „in Ansehung der Verzinslichkeit, des Zinssatzes, der Zahlungszeit, der Kündigung und des Zahlungsortes bleiben die für die Forderung getroffenen Bestimmungen maßgebend“,[8]) so sei es für das Wesen der Eigentümergrundschuld unerheblich, ob der Eigentümer den Nutzwert durch Bezugnahme auf eine Forderung feststelle oder die Höhe des Zinssatzes nach § 1191 Abs. 2 BGB. ohne eine solche festsetze“.

Um zu zeigen, daß, wenn auch Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld wesensgleich sind, doch für die Entstehung der Eigentümerhypothek nicht allein der Belastungswille des Eigentümers genügt, soll der Wortlaut des § 1177 BGB. herangezogen werden. Er sagt: Vereinigt sich die Hypothek mit dem Eigentum in einer Person, ohne daß dem Eigentümer auch die Forderung zusteht, so verwandelt sich die Hypothek in eine Grundschuld. In dem ersten Teile des Satzes ist das Wort Hypothek gebraucht, hieraus geht hervor, daß nur eine rechtswirksam bestellte Hypothek Voraussetzung ist, d. h. eine durch Einigung und Eintragung entstandene Hypothek. Liegen diese Erfordernisse vor, dann verwandelt sich die Hypothek in eine Grundschuld, liegen sie nicht vor, dann kann auf diesem Wege nie eine Grundschuld entstehen, da ja Voraussetzung für dieselbe eine gültig bestellte Hypothek ist.

---

[8]) Oberneck a. a. O. S. 47 § 116 Abs. 2.

§ 7.

Überblick über die Beweisführung vorgenannter Autoren. Weitere Vertreter dieser Ansicht.

Um noch einmal den Beweis der Gegner kurz vor Augen zu führen, sei hier der Weg des Syllogismus eingeschlagen. Sie meinen, ihrer Beweisführung sei es gelungen, daß trotz Fehlens der Einigung eine Eigentümergrundschuld entstanden sei, da deren Voraussetzungen gegeben seien.

Beweis:

Obersatz: Für das Entstehen einer Eigentümergrundschuld ist Erklärung und Eintragung erforderlich.

Untersatz: Erklärung und Eintragung ist im vorliegenden Falle vorhanden.

Schluß: Folglich ist eine Eigentümergrundschuld entstanden.

Wenn auch die Erklärung (für einen anderen) des Untersatzes von der Erklärung (für sich selbst) des Obersatzes abweiche, so sei das Resultat doch richtig, denn:

nach Schildes Ansicht (a. a. O. S. 33 Abs. 2) „geschieht dasselbe, wenn der Eigentümer das als Hypothek für einen anderen eingetragene Recht von vornherein als Eigentümerhypothek erwirbt, weil die Forderung nicht entstanden ist“ (Widerlegung S. 8);

nach Fuchs' Ansicht (a. a. O. S. 521 Abs. b) „läßt sich gemäß § 140 BGB. die letztere Erklärung in die erstere konvertieren“ (Widerlegung unten § 11);

nach Obernecks Ansicht (a. a. O. S. 45) „kann doch die Erklärung des Eigentümers, daß er die in Form der Hypothek für einen Dritten vorhandene Eintragung als eine für ihn selbst in das Grundbuch eingetragene Grundschuld angesehen wissen wolle, ausdrücklich oder auch stillschweigend jederzeit dem Grundbuchamte gegenüber erfolgen“ (Widerlegung S. 13 u. 14).

Andere Gegner suchen ihre Ansicht nicht aus dem Gesetze zu rechtfertigen, sondern stützen sich auf andere Gründe. So sagt Dernburg[1]) z. B.: „Da eine ausdrückliche Regelung des Falles

---

[1]) Dernburg, Sachenrecht des Deutschen Reiches Bd. 3 S. 648.

im Bürgerlichen Gesetzbuch fehlt, so könnte sich wohl die Praxis entschließen, in diesem Falle ein Einrücken des Eigentümers nach Analogie anzunehmen". Er will mithin auch bei fehlender dinglicher Einigung analog § 1163 BGB. eine Eigentümerhypothek entstehen lassen. Hiergegen lassen sich drei Gründe anführen:

a) Muß man doch wohl annehmen, daß in den §§ 1163 ff. BGB. die Fälle, in denen das Gesetz die Entstehung einer Eigentümerhypothek wünscht, „offenbar [2]) erschöpfend aufgezählt sind", und daß deshalb kein Platz zur Analogie vorhanden ist.

b) Setzt die Existenz eines Grundpfandrechts [3]) zwar nicht das Vorhandensein einer Forderung voraus, wohl aber das Vorhandensein der Einigung, ausgenommen im Fall der §§ 1188 und 1196 BGB. Auch aus diesem Grunde ist die Ansicht Dernburgs, die Fälle, wo die Einigung, und wo die Forderung fehlt, gleichzubehandeln, zurückzuweisen. Ganz besonders aber spricht

c) der § 873 BGB. dagegen. Einer positiven Bestimmung wie dieser gegenüber wird sich eine Analogie nicht halten lassen. Denn die Analogie [4]) darf sich nie in Gegensatz zum Gesetz stellen, sondern soll aus dem Geiste des Rechtsganzen heraus etwa vorhandene Lücken ausfüllen.

Schwer ist der Einwand zu entkräften, der sich auf § 868 ZPO. stützt und von Jacoby,[5]) Kindel[6]) und Bruck[7]) angeführt wird. Letzterer führt aus: „Auch das Gesetz läßt aus der Zwangshypothek eine Eigentümerhypothek im Fall des § 868 ZPO. werden, wenn der Bestellungsakt unwirksam gewesen ist". Es ist dies der Fall, wo die Zwangsvollstreckung auf Grund einer vollstreckbaren Entscheidung für unzulässig erklärt wird. Hier [8]) kennt allerdings die Zivilprozeßordnung einen Fall der Eigentümerhypothek, in welchem die Hypothek, aus der die Eigentümerhypothek ihren Ursprung ableitet, formell unwirksam

---

[2]) vgl. Biermann, Das Sachenrecht § 1163 Anm. 6 BGB.
[3]) vgl. Semmelmann S. 25 oben.
[4]) vgl. Windscheid, Pand. Bd. 1 S. 107.
[5]) vgl. Jacoby S. 252.
[6]) Kindel a. a. O. S. 103.
[7]) Bruck a. a. O. S. 169.
[8]) vgl. Jacoby S. 252.

gewesen ist". Der § 868 Abs. 2 ZPO. setzt sich nun allerdings in offenbaren Widerspruch zu den vom Bürgerlichen Gesetzbuch aufgestellten Grundsätzen, er läßt sich daher auch schwer mit den vom Gesetz für die Entstehung der Eigentümerhypothek gegebenen Grundlagen in Einklang bringen. Eine Erklärung ließe sich vielleicht darin finden, daß man ihn als die vom Gesetz ausdrücklich angeführte Ausnahme[9]) betrachtet.

Man wird also annehmen müssen, daß von diesem Fall der Zivilprozeßordnung abgesehen eine rechtlich wirksame Hypothek nur noch entstanden ist, wenn die ungültige Hypothek durch die Hand eines Dritten redlichen Erwerbers infolge Rechtsgeschäftes (§ 892 BGB.) gegangen ist. Bruck[10]) hält dies nicht für nötig.

Dritter Teil.

Die Ablehnung der Entstehung.

§ 8.

Gegensatz in der Auffassung der Eigentümerhypothek seitens beider Parteien.

Während, wie wir gesehen haben, die Gegner in der Eigentümerhypothek nur die in ihr steckende Eigentümergrundschuld sehen wollen, hält die herrschende Ansicht streng daran fest, daß die Eigentümerhypothek ihren Entstehungsgrund in der Gläubigerhypothek hat, der nur die Forderung fehlt. Das veranlaßt auch das Kammergericht zu erklären: „das Gesetz[1]) fasse die Eigentümerhypothek als eine hypothekengleiche Belastung des Grundstücks auf, die in ihren rechtlichen Wirkungen von der wirklichen Hypothek nur insoweit abweicht, als das Nichtbestehen einer Forderung und die Identität des Eigentümers mit dem Gläubiger es erfordern". Während die Gegner die Eigentümerhypothek mit der Eigentümergrundschuld identifizieren wollen, sucht die herrschende Meinung die Eigentümerhypothek

[9]) vgl. Horn a. a. O. S. 73.
[10]) vgl. Bruck a. a. O. S. 169.
[1]) KGJ. Bd. 27 A S. 131.

auf die Hypothek zurückzuführen und sie dieser gleichzustellen. Hält man sich dies vor Augen, so wird es nicht überraschen, daß das Resultat beider Parteien ein so verschiedenartiges ist. Es ist in der Auffassung der Eigentümerhypothek begründet.

Als Folge der verschiedenartigen Auffassung ergibt sich, daß die Gegner immer wieder auf § 1196 BGB. zurückkommen, der doch eine Ausnahme von dem Prinzip der Belastung mit einem dinglichen Recht ist, während die herrschende Ansicht gemäß § 873 BGB. Einigung und Eintragung verlangt. Da für sie die Eigentümerhypothek mit Rücksicht auf die vom Gesetz verlangten „positiven Voraussetzungen“ [2]) Hypothek ist, so verlangen sie die Erfordernisse für diese, damit jene zur Entstehung gelange.[3])

§ 9.

Die Stellung der herrschenden Meinung zu § 1177 BGB.

Bei dem § 1177 BGB. mußten sich die Gegner in ihrer Beweisführung treffen, während sie sonst bei der Verschiedenheit ihrer Beweisgrundlage, für die die eine Partei die Grundschuld, die andere die Hypothek zum Ausgangspunkt nahm, in einzelnen Ausführungen sich unbeachtet lassen, denn hier ist von der Verwandlung einer Hypothek in eine Grundschuld die Rede.

Diese Bestimmung des Bürgerlichen Gesetzbuchs war der Grund, warum der Unterschied, der zwischen Eigentümerhypothek und Eigentümergrundschuld besteht, nicht rein erhalten wurde. Mah sah in beiden nur selbständige Belastungen und vergaß ihren Unterschied hinsichtlich ihrer Entstehungen. Diese Auffassung, die Eigentümergrundschuld und Eigentümerhypothek identifiziert, hat viel zur Verwirrung beigetragen und dazu geführt, daß die Behandlung der gestellten Streitfrage so verschieden ausgefallen ist. Daher warnt Leonhard [1]) vor einer Identifizierung beider Begriffe und meint, es sei unsere Pflicht,

---

[2]) vgl. Planck § 1163 Anm. 2 Abs. 2 BGB.

[3]) vgl. Rechtspr. d. OLG. Bd. 11 S. 116.

[1]) vgl. Eck, Vorträge Bd. 2 S. 295 Anm. 3 (herausgegeben von R. Leonhard); ders. Anm. 2 S. 294.

dort einen Unterschied zu machen, wo das Gesetz einen solchen macht. Man unterscheide daher

1. wahre Eigentümergrundschulden, d. h. solche, die schon früher Grundschulden waren, ehe sie an den Eigentümer kamen;

2. Eigentümerhypotheken, die im Bürgerlichen Gesetzbuch den Vorschriften über Grundschulden unterstellt sind (§ 1177 BGB.);

3. solche, bei denen dies nicht der Fall ist (§§ 1163, 1168, 1170, 1171 BGB.).

Den unter 1. angeführten wahren Grundschulden können die unter 2. den Vorschriften über Grundschulden unterstellten Eigentümerhypotheken wohl dem Wesen nach gleichgestellt werden, niemals darf aber diese Gleichstellung dahin führen, daß man die Entstehung der in eine Grundschuld verwandelten Hypothek außer Augen läßt. Hier ist scharfe Auseinanderhaltung unerläßlich, denn die Eigentümergrundschuld nach § 1177 BGB. hat ihren Entstehungsgrund in einer Hypothek. Sie kann daher nicht entstehen, wenn der Hypothekeintrag nichtig ist.

§ 10.

Heranziehung des § 1196 BGB. als Beweismittel.

Hält man daran fest, daß die Eigentümerhypothek ihrem Wesen nach zwar Grundschuld, ihrer Entstehung nach aber Hypothek ist, man also zur Aufrechterhaltung der Eigentümerhypothek die Erfordernisse der Hypothek benötigt, so wird es uns als verfehlt erscheinen, den § 1196 BGB. anzuführen, um durch ihn die Entstehung einer Eigentümerhypothek zu beweisen. Denn dieser § 1196 BGB. ist lediglich für die Grundschuld gegeben, und daraus folgt, wie Planck[1]) sagt, daß das Bürgerliche Gesetzbuch, „abgesehen von der Ausnahmevorschrift des § 1188 BGB., nie eine einseitige Erklärung an Stelle der Einigung für genügend hält".

Aus demselben Grunde sagt auch Gierke[2]): „Es wäre seltsam, wenn der Eigentümer den Erfolg, für den ihm der Weg des

---

[1]) vgl. Planck § 1163 Anm. 2.

[2]) Gierke a. a. O. Bd. 2 S. 927 Anm. 29.

§ 1196 BGB. eröffnet ist, stets auch durch Eintragung einer Hypothek auf den Namen eines fiktiven Gläubigers erzielen könnte".

§ 11.

Unmöglichkeit der Aufrechterhaltung der nichtigen Hypothek als Eigentümergrundschuld auf dem Wege der Konversion.

Da der § 1196 BGB., wie wir gesehen haben, sich nicht ohne weiteres auf die vorliegende Streitfrage anwenden läßt, so finden sich Vertreter (Fuchs), die ihn im Wege der Konversion nach § 140 BGB. aufrechterhalten wollen.

Um die Frage zu entscheiden, wird es gut tun, den Wortlaut des § 140 BGB. sich genau vor Augen zu halten. Er sagt: Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäftes, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, daß dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde.

Es sind mithin drei Voraussetzungen hier gestellt:

1. Ein nichtiges Rechtsgeschäft.
2. Der Wille, dieses nichtige Rechtsgeschäft als ein anderes gelten zu lassen.
3. Vorhandensein der Erfordernisse dieses neuen Rechtsgeschäfts.

Eine Hypothekenbestellung ist mangels dinglicher Einigung nicht zustande gekommen.

Es fragt sich nun, ob man den Willen, diese nichtige Hypothekenbestellung als Grundschuld gelten zu lassen, hier unterstellen kann. M. E. ist dies möglich. Man wird wohl sagen können, in der Hypothekenbestellung für einen andern liegt auch der Wille, diese event. als Eigentümergrundschuld aufrechtzuerhalten.

Wir kommen jetzt zu der letzten Voraussetzung des § 140 BGB., nämlich dem Vorhandensein der Erfordernisse des neuen Rechtsgeschäftes. Verlangt wird nach § 1196 BGB., daß die Erklärung des Eigentümers gegenüber dem Grundbuchamte, daß die Grundschuld für ihn in das Grundbuch eingetragen

werden soll, abgegeben wird. Da dies im vorliegenden Falle nicht geschehen ist, vielmehr gerade für den Gläubiger der Hypothekeneintrag erfolgt ist, so ist dem § 1196 BGB. nicht genügt,[1]) mithin § 140 hier nicht anwendbar. Planck[2]) bemerkt hierzu: Das nichtige Rechtsgeschäft muß allen Erfordernissen des anderen Rechtsgeschäftes entsprechen, insbesondere auch in betreff der Form.

Das Kammergericht[3]) weist die Konversion mit den Worten zurück:

Die in diesem Falle (§ 1196 BGB.) gegenüber dem Grundbuchamt auf Eintragung einer Grundschuld für den Eigentümer abzugebende Erklärung ist so wesentlich verschieden von der Erklärung des Eigentümers bei der Belastung einer Hypothek für einen Gläubiger, daß es nicht zulässig ist, die letztere in die erstere Erklärung gemäß § 140 BGB. zu konvertieren. Das Reichsgericht[4]) gibt demselben Gedanken Ausdruck mit den Worten: Ferner kann der dem wahren Willen entsprechenden Erklärung des Eigentümers, ein hypothekarisches Recht dieser Art für einen anderen zu begründen, nicht eine dem wahren Willen zuwiderlaufende Erklärung, ein hypothekarisches Recht anderer Art für sich selbst an eigener Sache zu begründen, unterstellt werden.

Beide Gerichte gehen also von dem Gedanken aus: Eine Konversion könne schon deshalb nicht stattfinden, weil die Willensrichtungen zu verschiedenartig seien, um die eine in die andere umzudeuten. Mag man nun zugeben, daß es zwar hinsichtlich der Willensrichtungen ein Unterschied ist, ob man für einen anderen oder für sich selbst eine Belastung vornimmt, jedenfalls ist dies Beweismittel im Hinblick auf das Bürgerliche Gesetzbuch nicht voll überzeugend, denn wie § 1163 BGB. zeigt, läßt das Gesetz den im Interesse des Gläubigers gemachten Eintrag für den Eigentümer gelten. Auch widerspricht die Ansicht der

---

[1]) vgl. RG. Bd. 70 S. 359 Z. 22.
[2]) vgl. Planck Anm. zu § 140.
[3]) vgl. KGJ. Bd. 27 A S. 132.
[4]) vgl. RG. Bd. 70 S. 358 Z. 17.

in den Protokollen[5]) vertretenen Auffassung, daß jede Hypothekenbestellung zugleich die eventuelle Bestellung einer Eigentümergrundschuld in sich schließt. Aber selbst wenn das Reichsgericht diese Ansicht nicht teilt, so widerspricht es trotzdem dem Prinzip der Konversion nicht, wenn bei der Vornahme des Rechtsgeschäfts ein auf das neue Rechtsgeschäft gerichteter Wille noch nicht vorhanden war. Dies hebt Planck[6]) mit den Worten hervor: „Statt des nichtigen Rechtsgeschäfts gilt das andere Rechtsgeschäft nicht nur dann, wenn derjenige, welcher das Rechtsgeschäft vorgenommen hat, dies event. gewollt hat, sondern auch dann, wenn er gar nicht daran gedacht hat, aber anzunehmen ist, daß er, wenn er daran gedacht hätte, das andere Rechtgeschäft gewollt haben würde".

§ 12.

Die Unteilbarkeit des Pfandes ein Beweis für die herrschende Meinung.

A. Gründe, die gegen die Wertteilstheorie sprechen.

Im deutschen Recht herrschte die Wertteilstheorie. Das läßt sich aus dem Lübeschen und dem Hamburger Stadtrecht sowie aus den Handfesten des Bremer Stadtrechts erkennen. Hier herrschte das Prinzip der melioratio, d. h. ein Grundstück konnte nur insoweit nochmals belastet werden, als es besser war[1]) als die kapitalisierten vorgehenden Belastungen. Bei Wegfall einer Belastung rückten die Nachhypothekare nicht vor, da sie ja auf einen Wertteil beschränkt waren. Die Folge davon war, daß der Eigentümer den freigewordenen Wertteil erhielt. Hiermit war der Grund zur Eigentümerhypothek gelegt. Auch in den einzelnen Provinzen Preußens findet sich vielfach das Prinzip der melioratio. An dieses weitverbreitete, man kann wohl sagen fast allgemein herrschende Prinzip knüpft Oberneck[2])

---

[5]) Prot. Bd. 4 S. 498.
[6]) Planck Anm. zu § 140.
[1]) vgl. Bruck a. a. O. S. 4.
[2]) vgl. Oberneck, Reichsgrundbuchrecht S. 12.

an und sucht auch für das heutige Recht die Wertteilstheorie aufrechtzuerhalten.

Um sich hierüber ein klares Bild zu verschaffen, wird man gut tun, zu prüfen, in welchem Verhältnis Wertteilstheorie und Eigentümerhypothek im früheren und neuen Recht stehen. Aus dem Prinzip der melioratio folgte notwendig die Wertteilstheorie, aus dieser die Eigentümerhypothek. Anders das neue Recht. Hier herrschte seit dem allgem. Landrecht grundsätzlich das Prinzip der Unteilbarkeit der Pfandhaftung; denn jede Belastung ergriff das ganze Grundstück. Eine Eigentümerhypothek fand sich zunächst nicht. Später gaben Billigkeits- und Verkehrsrücksichten den Anlaß, in einigen Fällen[2a]) eine Eigentümerhypothek zuzulassen. Das Bürgerliche Gesetzbuch nahm das Institut in erweiterter Form auf. War die Eigentümerhypothek im deutschen Recht die Folge der Wertteilstheorie, so ist sie im Bügerlichen Gesetzbuch ein Ersatz für dieselbe. War sie früher die auf Grund der Werttheilstheorie ohne weiteres zur Geltung kommende Regel, so ist sie im Rahmen des heutigen Rechts die vom Gesetz in bestimmten Fällen gewünschte Ausnahme, die als Ersatz der nicht mehr vorhandenen Theorie den Zweck, den diese verfolgt, erfüllt. Schon aus diesem Grunde benötigt man die Wertteilstheorie nicht mehr, da ja das Institut der Eigentümerhypothek dieselben Dienste tut, nämlich die Nachhypothekare am Vorrücken verhindert. Daß sie aber, abgesehen von den im Gesetz bestimmten Fällen, vorrücken würden, folgt daraus, daß unserem heutigen Recht das Institut der melioratio völlig fremd ist. Damit entfällt der Wertteilstheorie die Grundlage, auf der sie sich aufbaut. Mit unserem Recht ist die Anschauung, die Hypothek ergriffe nur „ein gedachtes Objekt,[3]) einen Wertteil", unvereinbar. Die Hypothek lastet vielmehr auf dem ganzen Grundstücke.

Wenn Eck[4]) sagt, namentlich wäre von der Oberneckschen Werttheorie die unabweisbare Konsequenz, daß im Zweifel die

---

[2a]) vgl. oben § 2.
[3]) vgl. Eck, Vorträge Bd. 2 S. 310.
[4]) Eck Bd. 2 S. 310.

Eigentümerhypothek immer mit dem Eigentum zusammenbleiben müßte, so ist doch nicht zu übersehen, daß Oberneck die Eigentümerhypothek nicht als Eigentumsbefugnis, sondern als verselbständigte[5]) Eigentumsbefugnis bezeichnet, was einem Zusammenbleiben mit dem Eigentum widerspricht.

Ecks Einwand läßt sich weit besser als Gegenbeweis gegen das Prinzip der offenen Stellen verwerten, das allerdings auf der Wertteilstheorie beruht. Fuchs[6]) führt diesen Gedanken in seinem Grundbuchrecht folgendermaßen aus: „Das Institut der festen Priorität oder der Offenhaltung der Stelle ist im 1. Entwurf abgelehnt und bei der 2. Lesung nicht aufgenommen. Da die offene Stelle Eigentumsbefugnis, nicht begrenztes Recht (Hypothek) ist, so geht sie dem Eigentümer verloren, wenn das Grundstück veräußert wird. Bei der Zwangsversteigerung kommt sie, was gerade im Interesse der Billigkeit vermieden werden sollte, den nachstehenden Realberechtigten zugute".

Aus dem Gesagten ergibt sich, daß das Institut der offenen Stelle den Eigentümer schädigen würde. Diese Ungerechtigkeiten werden durch die Eigentümerhypothek vermieden. Da diese Sukzession in die Belastung,[7]) also begrenztes Recht, nicht Eigentum ist, werden die Rechte des Eigentümers bei der Zwangsversteigerung und bei der Veräußerung gewahrt, was auf Grund des Institutes der offenen Stelle[8]) nicht geschehen könnte.

B. Gründe, die für das Prinzip der Unteilbarkeit des Pfandes sprechen.

Auch das Gesetz selbst gibt uns bei genauer Betrachtung des Wortlauts der §§ 1113 u. 1191 BGB. gelegentlich der Definition der Hypothek und der Grundschuld deutlich zu erkennen, daß es nicht das System der Wertteilstheorie, sondern das Dogma von der Unteilbarkeit des Pfandes aufgenommen hat. Denn Hypothek wie Grundschuld werden als Belastungen „des Grund-

[5]) Oberneck a. a. O. S. 25.
[6]) Fuchs Bd. 1 Vorbem. zu den §§ 1163—1179 Anm. 6 S. 522.
[7]) Fuchs Bd. 1 Vorbem. zu den §§ 1163—1179 Anm. 6 S. 522.
[8]) vgl. Mot. Bd. 3 S. 204 Z. 13.

stücks“ bezeichnet. Hieraus ist deutlich ersichtlich, daß nur das ganze Grundstück gemeint sein kann.[1]) Wollte man auch heute noch die Wertteilstheorie im Bürgerlichen Gesetzbuche erhalten finden, so wäre dies nicht mehr „Auslegung, sondern unzulässige Gesetzesverbesserung“.[2])

Im Anschluß an das Dogma von der Unteilbarkeit des Pfandes will ich noch eine andere in der Literatur vertretene Ansicht behandeln. Fuchs[3]) und Biermann[4]) meinen: „Wenn die erste Hypothek nichtig ist, so rücken zwar die Nachhypothekare vor, aber sie sind dem Eigentümer aus dem obligatorischen Bestellungsvertrage verpflichtet, einer neuen, von diesem zu bestellenden Hypothek im Wert der ersten nichtigen Hypothek den Vorrang einzuräumen“. Ich kann mich dieser Ansicht nicht anschließen. Denn dann bestände ja das Dogma von der Unteilbarkeit des Pfandes nur als Schemen. Irgendwelche Wirkung hätte es dann überhaupt nicht. Es läuft dann auf dasselbe hinaus, wie wenn es überhaupt nicht bestände. Denn wenn man annimmt, es läge eine obligatorische Verpflichtung vor, einer neuen Hypothek im Wert der ersten nichtigen den Vorrang einzuräumen, dann ist ja das Recht der Nachhypothekare vorzurücken illusorisch geworden. Denn sie rangieren ja bei der Zwangsversteigerung hinter der Hypothek, der der Vorrang erteilt ist.

§ 13.

Unmöglichkeit der Heranziehung der §§ 1168 u. 1169 BGB. für die Entscheidung der vorliegenden Streitfrage.

Oberneck[1]) glaubt mit Hilfe des § 1169 BGB. das Nachrücken späterer Gläubiger verhindern zu können. Der Eigentümer würde auch, so meint er, dem nachstehenden Gläubiger gegenüber, „der sich abredegemäß mit einer bestimmtstelligen

---

[1]) vgl. Dernburg a. a. O. Bd. 3 § 209 Ziff. 3.
[2]) vgl. Leonhard Anm. 1 S. 310 zu Ecks Vorträgen Bd. 2.
[3]) Fuchs a. a. O. S. 523.
[4]) Biermann Anm. zu § 1163 Abs. 6 a. E.
[1]) Oberneck a. a. O. S. 48 § 116.

Hypothek begnügen solle", den Anspruch auf Feststellung erheben können, daß er kein Recht habe, einen besseren Rang zu beanspruchen, und ihm die Einrede aus § 1169 BGB. wegen Fehlens der dinglichen Einigung in Ansehung der beanspruchten Rangstelle entgegensetzen. Auf diese Weise würde er den Verzicht des Gläubigers und dessen Eintragung zwangsweise durchsetzen und das Nachrücken verhindern können (vgl. § 1168 Abs. 2 BGB.). Hiergegen ist einzuwenden: § 1169 BGB. setzt eine gültig bestellte Gläubigerhypothek voraus, und deshalb kann diese Bestimmung nicht herangezogen werden, um nachzuweisen, daß eine Eigentümerhypothek bei fehlerhafter Hypothekenbestellung entstanden ist. Das geht schon aus dem Wortlaut des § 1169 BGB. hervor: Steht dem Eigentümer eine Einrede zu, durch welche die Geltendmachung der „Hypothek" dauernd ausgeschlossen ist, so kann er verlangen, daß der Gläubiger auf die Hypothek verzichtet.

Daß eine gültig bestellte Hypothek hier vorliegen muß, ergibt sich aus dem Begriff der Einrede. Wie die Motive[2]) definieren, ist die Einrede ein Umstand, der einen Anspruch nicht von Rechts wegen in seiner Entstehung hindert oder wieder aufhebt, sondern dem Verpflichteten nur die Möglichkeit gewährt, den an und für sich begründeten Anspruch, sei es zurzeit, sei es der Person nach, sei es für immer ablehnen zu dürfen. Daher ist für den § 1169 BGB. Voraussetzung, daß die Belastung rechtsgültig[3]) erfolgt ist. Das hebt auch Eck in seinen Vorträgen hervor[4]): „Der Grundeigentümer kann, wenn ihm eine peremtorische Einrede gegen die Hypothek zusteht, vom Gläubiger den Verzicht auf die Hypothek erzwingen und dadurch die Eigentümerhypothek an sich ziehen. Dagegen wollte der Gesetzgeber nicht in Fällen, wo eine Hypothek von vornherein nichtig ist, diese als Eigentümerhypothek dem Grundeigentümer zufallen lassen".

Wie wir gesehen haben, setzt der Begriff der Einrede die

[2]) vgl. Mot. Bd. 1 S. 359.
[3]) vgl. Mencke a. a. O. S. 40.
[4]) Eck, Vorträge Bd. 2 S. 299.

wirkliche Entstehung eines Rechtes „und einen an und für sich begründeten Anspruch voraus".[5]) Im vorliegenden Falle ist aber ein Recht ja gar nicht zur Entstehung gelangt. Deshalb ist Obernecks und Kindels[6]) Ansicht zurückzuweisen.

§ 14.

Billigkeitsrücksichten und Verkehrssicherheit.

Alle Beweise der Gegner sind aus dem Grunde beigebracht worden, weil sie das Ergebnis, zu dem die herrschende Meinung kommt, für unbefriedigend erachten. Das Reichsgericht[1]) meint: „Das Ergebnis sei nicht unbefriedigend. Denn könnte durch eine einseitige Erklärung des Eigentümers, daß eine Hypothek für einen anderen eingetragen werden solle, eine Grundschuld für den Eigentümer rechtswirksam begründet werden, so würde dem Eigentümer die Möglichkeit gegeben sein, diese Art der Begründung eines hypothekarischen Rechtes zu unlauteren Zwecken auszunutzen, insbesondere durch Eintragung einer Hypothek unter falschem Namen seinen Gläubigern gegenüber die Tatsache zu verschleiern, daß er unter dem Scheine der Eintragung einer Hypothek für einen anderen ein hypothekarisches Recht für sich selbst begründet habe. Will der Eigentümer eine Grundschuld für sich selbst eintragen lassen, so muß er dies in der vom Gesetze vorgeschriebenen Form erklären, also die Eintragung einer Grundschuld ‚für ihn' bewilligen und beantragen".

Dieser Beweisführung des Reichsgerichts werden auch wohl die Gegner beistimmen müssen. Denn gerade aus ihr ersieht man, daß es die Billigkeit und Verkehrssicherheit — dies ist ein oft von den Gegnern angeführter Grund — erfordert, daß diese Art der Eigentümergrundbelastung nicht gegeben sein soll. Läßt

---

[5]) vgl. Mot. Bd. 1 S. 359.

[6]) vgl. Kindel a. a. O. S. 103. Derselbe behauptet ohne nähere Begründung: „Trotzdem in der Hypothekenbestellung ein Fehler liegt, kann sich der Eigentümer auf Grund von §§ 1168 u. 1169 BGB. die Eigentümerhypothek verschaffen".

[1]) vgl. RG. Bd. 70 S. 359. Abs. 3.

der Eigentümer für sich eine Eigentümergrundschuld eintragen, so ist dies für seine Gläubiger offenkundig. Gegebenenfalls können sie die Eigentümergrundschuld pfänden lassen und so zu ihrem Recht gelangen. Ist aber das Eigentümerpfandrecht nicht kenntlich, da es ja für einen fingierten Gläubiger eingetragen ist, so würde diese Verschleierung zu Ungerechtigkeiten führen. Die Gläubiger, die infolge der Unkenntlichkeit des Pfandrechts des Eigentümers ja gar nicht wissen, daß ihr Schuldner noch Vermögen besitzt, würden eine Pfändung des Eigentümerpfandrechts unterlassen und „der frustra excussus [2]) behielte das Eigentümerpfandrecht zu beliebiger Verwendung, da seine Gläubiger nicht wissen können, daß es ihm zusteht".

---

[2]) vgl. Semmelmann a. a. O. S. 22.

Robert Noske, Borna-Leipzig, Großbetrieb für Dissertationsdruck.

Lebenslauf.

Am 25. Januar 1888 wurde ich, Walther Bohlmann, Sohn des Gymnasialprofessors Dr. Carl Bohlmann und seiner Ehefrau Clara geb. Ostermann, in Breslau geboren. Ich bin evangelischen Bekenntnisses und preußischer Staatsangehöriger.

Bis Sekunda besuchte ich das Gymnasium zu St. Maria-Magdalena, dann das König-Wilhelm-Gymnasium in Breslau, an dem ich Ostern 1907 die Reifeprüfung bestand.

Darauf studierte ich 8 Semester Rechts- und Staatswissenschaften an der Kgl. Universität Breslau.

Am 16. März 1911 bestand ich die erste juristische Staatsprüfung, am 30. Juni 1911 die mündliche Doktorprüfung in Breslau. Zur Ausbildung bin ich dem Kgl. Amtsgericht in Nimptsch überwiesen.